

CONCURSO SIN MASA. Algunas consideraciones generales¹

OLGA MARÍA FRADEJAS RUEDA

**PROF^a TITULAR DE DERECHO MERCANTIL
UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**

RESUMEN: En el presente trabajo se expone brevemente la evolución, doctrinal y legislativa, de los concursos sin masa, con especial mención de algunas cuestiones generales.

PALABRAS CLAVE: concurso de acreedores; insuficiencia de masa.

ABSTRACT: This paper focuses its attention on some general questions regarding insolvency proceedings without assets.

KEY WORDS: insolvency proceeding; asset's deficiency.

¹Texto de la Comunicación presentada en el XI Congreso HARVARD-COMPLUTENSE, Restructuring of the financial system and new negotiation strategies, celebrado los días 7, 8, 9 y 10 de octubre de 2013, en la Harvard Law School, con el patrocinio de Allen & Overy (Madrid), Banco de Santander, Ilustre Colegio Notarial de Madrid e Ilustre Colegio de Registradores de España.

CONCURSO SIN MASA. ALGUNAS CONSIDERACIONES GENERALES

El tema de los concursos sin masa no es algo nuevo, bajo la vigencia de nuestro Derecho concursal decimonónico tanto la doctrina como la jurisprudencia coincidían en que sin activo suficiente para cubrir, al menos, los costes de la quiebra, el procedimiento no podría seguir adelante.

La Ley 22/2003, acoge tímidamente el supuesto de hecho, abriéndole a la doctrina un campo de estudio que, inicialmente, se abordó desde una triple faceta: consideración de la insuficiencia de masa como causa de inadmisión a trámite de la solicitud de concurso o, por el contrario, configuración como causa de conclusión del procedimiento; primacía de la inexistencia o, en su caso, de la insuficiencia de bienes, y, en caso de insuficiencia, qué créditos serían los afectados por la misma.

Estas cuestiones han sido objeto de una minuciosa atención por parte de nuestra doctrina, pero no es éste el lugar para abordar el contenido de dichos estudios, sino sólo para dar cuenta de ellos¹.

No obstante lo añejo del debate (el Tribunal Supremo ya se pronunció al respecto en Sentencia de 9 de noviembre de 1950), el tema se le quedó en el tintero al legislador cuando se llevó a cabo la REFORMA, con mayúsculas, de nuestro Derecho concursal, y hay que esperar a la Ley 38/2011 (que ya ha dejado de ser la “penúltima” reforma de la Ley 22/2003, Concursal) para que el tema sea objeto de atención por parte del legislador, cristalizando en los arts. 176.1.3º y 176 *bis* LC.

Vaya por delante el dato de que los textos legales mencionados no cierran el debate, pues si bien es cierto que aclaran y solventan algunos temas, no lo es menos que, igualmente, abren otros.

La Ley 38/2011, ha apostado decididamente por no admitir la insuficiencia inicial de masa como presupuesto legal para la declaración del concurso de acreedores, afianzando con rotundidad la caracterización de la insuficiencia de masa como causa de conclusión del procedimiento.

Aun cuando, como he señalado, el art. 176 *bis* zanja, en el plano legislativo, la polémica doctrinal y jurisprudencial relativa a si la suficiencia de masa era o no requisito o presupuesto para la declaración de concurso, lo cierto es que “la realidad de los hechos” no ha recibido la mejor de las soluciones posibles, toda vez que el art. 176 *bis* 4 dispone que el juez podrá acordar la conclusión del concurso “en el mismo auto de declaración, cuando aprecie de manera evidente

¹ PULGAR EZQUERRA, J., “La inexistencia o insuficiencia de masa activa en sede de declaración de concurso de acreedores”, en *Estudios de Derecho de sociedades y Derecho Concursal. Libro Homenaje al Prof. Rafael García Villaverde*, T. III, Madrid, 2007, págs. 2007 y ss., y NAVARRO LERIDA, Mª S., “La inexistencia de bienes y derechos como presupuesto de la conclusión”, en GADEA SOLER, E., NAVARRO LERIDA, Mª S., SACRISTAN BERGIA, F., *La conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos y su reapertura*, La Ley RcP, monografía 11, Madrid, 2009.

que el patrimonio del concursado no será presumiblemente suficiente para la satisfacción de los créditos contra la masa”, configuración positiva que plantea varias cuestiones.

Descartada la suficiencia de masa como requisito para la declaración del concurso, se propicia, sin embargo, una situación que en la práctica equivale a la negativa a la declaración del concurso: el procedimiento no prospera, porque en el mismo auto de declaración se acuerda la conclusión del concurso.

Llegados a este punto, se pueden plantear algunas cuestiones.

En primer lugar, si bien comparto la afirmación jurisprudencial de que es imperativa la apertura del procedimiento, pues de lo contrario el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE se vería lesionado, el texto legal vigente suscita la duda de si el propio legislador no ha “degradado” ese derecho constitucional, pues, aunque formalmente salva la situación en tanto que la operatividad de la insuficiencia de masa está subordinada a la declaración del concurso, la tutela judicial, de alguna manera, queda vacía de contenido: hay una declaración de concurso, procedimiento que no prospera, que nos lleva a que la finalidad solutoria del procedimiento concursal quede cercenada de raíz, a lo que, lógicamente, se podrá oponer que el derecho a la tutela judicial no garantiza *per se* el derecho al cobro que debería derivar del procedimiento.

Además, si bien el deudor ha podido cumplir con su deber de solicitar el concurso (art. 5 LC), probando –en los términos del art. 6 LC– su insolvencia actual (art. 2.2 LC), que es la que encaja con la insuficiencia de masa *ab initio* que determina la conclusión del procedimiento, es evidente que los acreedores pierden toda oportunidad de que la “masa de hecho” de su deudor llegue a ser “masa de derecho”.

Ahora bien, al mismo tiempo hay que reconocer que de esta manera se soslaya el grave defecto que encierra la automática inadmisión a trámite de las solicitudes de concurso sin masa: sabiendo que no va a haber declaración, el deudor puede llevar a cabo actos encaminados a diluir su patrimonio, detrayendo bienes en perjuicio de sus acreedores, y eludiendo, así, cualquier posible sanción concursal.

En segundo lugar, se puede decir que el legislador, no obstante lo que se acaba de señalar, ha dejado a un lado la tozudez de los hechos.

El juez tiene constancia fehaciente de que la masa declarada por el deudor común, y la que previsiblemente pudiera llegar a reunirse, es insuficiente para pagar los gastos que genera el procedimiento, y, sin embargo, se ve obligado a declarar el concurso, actuación inicial que, de por sí, genera unos gastos, ya desde el principio, que no se van a poder pagar, o que van a consumir la escasa masa existente.

En un aspecto importante la reforma realizada por la Ley 38/2011 ha supuesto una notable mejoría. Hay que reconocer que ha establecido con absoluta claridad el binomio insuficiencia de masa/créditos contra la masa; opción con la cual ha despejado qué deudas se debían tomar en consideración para estimar que existe insuficiencia de bienes. Y, al mismo tiempo, el legislador ha prestado oídos al sentir doctrinal mayoritario, estableciendo que lo procedente es dar por finalizado el procedimiento concursal cuando concurre esa insuficiencia.

Pero claro, aunque pueda parecer reiterativa, la pregunta es insoslayable: ¿qué sentido tiene la apertura de un proceso concursal que ni siquiera es capaz de cubrir los gastos que genera y que, por consiguiente, hace ineficaz en la práctica una institución cuya razón de ser no es, por más que pueda ser conveniente y razonable, la conservación de la empresa, sino la satisfacción de los acreedores del deudor común, teóricamente puestos en pie de igualdad por el propio legislador?.

De un lado, despliega su virtualidad en cuanto permite hacer efectivo, en los términos ya vistos, el principio constitucional de la tutela judicial efectiva. De otro, pone de manifiesto la enorme dificultad que plantea la necesidad de armonizar una multiplicidad de intereses, variados e incluso contrapuestos.

Quizá, por tanto, cabría replantear el debate sobre los presupuestos de la declaración de concurso en nuestro Derecho, no obstante la faceta negativa que, como se ha puesto de manifiesto en la experiencia alemana, presenta la caracterización de la suficiencia de bienes y derechos como presupuesto objetivo para la declaración del concurso.

No obstante todos los claros y sombras que se puedan señalar, lo cierto es que, con mayor o menor fortuna, el legislador de 2011 optó por una regulación específica del concurso sin masa, con la que se pretendía conciliar la satisfacción de los acreedores, finalidad propia del concurso, con la posibilidad –o imposibilidad- de hacer frente a los gastos que el concurso genera. Y digo que con mayor o menor fortuna porque la operatividad del precepto se basa en la existencia de hipótesis o futuribles: posibilidad de acciones de reintegración; posibilidad de acciones de responsabilidad de terceros; la posible calificación del concurso como culpable, con las posibles responsabilidades que ello acarrearía.

Una última cuestión a la que quiero hacer referencia en este marco selectivo de cuestiones o ideas generales, aunque en alguna medida sobrepase los límites de la rúbrica que abre estas páginas, es la de los efectos de la conclusión del concurso por insuficiencia de masa.

Desde el momento en que nuestra Ley Concursal no contempla una exoneración del pasivo insatisfecho para la persona física, sea o no empresario, se puede afirmar que al deudor común le es indiferente cumplir, a este respecto, con su deber de solicitar el concurso de acreedores.

Ahora bien, la cosa cambia cuando se trata de deudor persona jurídica.

El art. 178.2 LC dispone que en los casos de conclusión del concurso por liquidación o insuficiencia de masa activa, el deudor sigue siendo responsable del pago de los créditos insatisfechos, pudiendo los acreedores iniciar ejecuciones singulares, en tanto no se proceda a la reapertura del concurso o no se declare un nuevo concurso. Es decir, la conclusión del concurso por insuficiencia de masa no afecta al principio de responsabilidad patrimonial universal del art. 1911 CC., cuya manifestación deviene más gravosa para el deudor común, ya que su pasivo se ve aumentado por los costes del procedimiento.

Sin embargo, a continuación, el art. 178.3 LC establece que “la resolución judicial que declare la conclusión del concurso... por insuficiencia de la masa activa del deudor persona jurídica acordará su extinción y dispondrá la cancelación de su inscripción en los registros públicos que corresponda...”, lo que ha llevado a la doctrina a afirmar que la extinción, con el subsiguiente cierre de su inscripción

registral, equivale a una tácita condonación del pasivo insatisfecho tras la conclusión del concurso, por haberse extinguido el titular de dicho pasivo¹-

Como es sabido, la jurisprudencia ha venido entendiendo que la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles no concluye con la formalización y cierre de las operaciones liquidatorias, sino que permanece mientras no se agotan todas sus relaciones jurídicas, debiendo, mientras, responder de las obligaciones no extinguidas y de las posibles obligaciones sobrevenidas. Y, como reiteradamente ha venido declarando la DGRN², la cancelación de los asientos registrales de una sociedad es una mera fórmula de mecánica registral tendente a consignar una determinada vicisitud de la sociedad, pero no implica la efectiva extinción de su personalidad jurídica, la cual no se produce hasta el agotamiento de todas las relaciones jurídicas que la sociedad hubiese podido entablar a lo largo de toda su vida.

Por consiguiente, no habría impedimento para que entrase en juego el art. 178.2 LC en lo referente al inicio de ejecuciones singulares por los acreedores.

Ahora bien, el panorama parece haber cambiado sustancialmente a raíz de la STS de 25 de julio de 2012³, en la que el Tribunal Supremo sostiene que a partir de la cancelación registral, imperativa para el juez en sede de conclusión del concurso, la sociedad deja de tener personalidad jurídica, lo que determina la imposibilidad de dirigir cualquier reclamación en sede declarativa o ejecutiva contra la extinta persona jurídica, dado que carece de capacidad para ser parte, capacidad que exige la personalidad jurídica (art. 6 LECiv.). En consecuencia, los acreedores insatisfechos no tendrían acceso directo al art. 178.2 LC y sólo les quedaría la vía alternativa, y quizá hipotética, de solicitar la nulidad de la cancelación registral que, de llegar a prosperar, dilataría en el tiempo el posible ejercicio de las acciones individuales.

Como consideración de cierre, me atrevería a apuntar que, dado que el juez no puede ordenar de oficio ninguna diligencia para constatar si, efectivamente, el deudor común carece de bienes con los que atender los créditos de la masa, a los efectos del art. 176 *bis* 4 LC, quizá podría, con una interpretación amplia del art. 13-2 LC, pedir más documentos al deudor si considera que la documentación que ha presentado es insuficiente (a los efectos de demostrar palmariamente la insuficiencia de masa e, incluso, si resultará previsible el ejercicio de acciones de reintegración, impugnación o responsabilidad de tercero).

Pero ésta tampoco es la solución óptima, ya que no debe perderse de vista que en los créditos contra la masa no sólo se incluyen los costes propiamente dichos del procedimiento, sino también otros créditos de variada naturaleza. A lo que debemos añadir que no es fácil la determinación de los créditos contra la masa en una fase tan temprana del procedimiento.

Y, a mayor abundamiento, la reforma se ha limitado a adelantar la conclusión del concurso al momento mismo de su declaración, si articular ningún mecanismo que pueda suplir la falta de patrimonio del deudor en el momento de la declaración del concurso y su inevitable conclusión, por más que el juez pudiera optar por declarar el concurso y aplazar el acuerdo de conclusión al momento en

¹ Véase, recientemente, SENENT MARTINEZ, S., “La reforma de la Ley Concursal y la conclusión y reapertura del concurso”, en *RcP* 16/2012, págs. 171 y ss., pág. 180.

² Véase RDGRN de 13 de mayo de 1992; RJ 1992/5250.

³ ROJ: 5693/2012

que la administración concursal haya verificado, con los costes añadidos que ello entraña, la insuficiencia de masa activa.

En definitiva, nos encontramos con la paradoja de que la simultánea apertura y conclusión del concurso invalida parte de los argumentos esgrimidos en pro de la declaración de los concursos sin masa, como el evitar descapitalizaciones, proteger a los acreedores o el abordar una investigación rigurosa de la situación patrimonial del deudor.

Y digo que como consideración de cierre porque, pese a las novedades legislativas, el sistema sigue intacto.

Como es bien sabido, el 28 de septiembre de 2013 se publicó en el BOE la Ley 14/2013, de Apoyo a los Emprendedores y su internacionalización, que ha incorporado a nuestro Ordenamiento la figura (o el régimen) de la segunda oportunidad o *fresh start*, como gusta denominarla la doctrina que más se ha ocupado del tema¹, para la persona física insolvente. Sin embargo, la innovación es solamente parcial.

No cabe duda de que la Ley de Emprendedores ha modificado el art. 178 LC con la finalidad de que la exoneración del pasivo pendiente tras la conclusión del concurso de acreedores beneficiase también a la persona física: *“La resolución judicial que declare la conclusión del concurso del deudor persona natural por liquidación de la masa activa declarará la remisión de las deudas insatisfechas, siempre que el concurso no hubiera sido declarado culpable ni condenado por el delito previsto por el art. 260 del código penal o por cualquier otro delito singularmente relacionado con el concurso y que hayan sido satisfechos en su integridad los créditos contra la masa, y los créditos concursales privilegiados y, al menos, el 25 por ciento del importe de los créditos concursales ordinarios. Si el deudor hubiere intentado sin éxito el acuerdo extrajudicial de pagos, podrá obtener la remisión de los créditos restantes si hubieran sido satisfechos los créditos contra la masa y todos los créditos concursales privilegiados”*.

Como puede apreciarse, los buenos propósitos del legislador no se han manifestado en toda su posible amplitud, ya que el sistema de exoneración introducido en la Ley Concursal por la Ley de Emprendedores únicamente propicia la exoneración del pasivo pendiente cuando el concurso concluye por **inexistencia** de bienes y derechos, dejando fuera del ámbito normativo los supuestos, nada desdeñables cuantitativamente, de conclusión del concurso por **insuficiencia** de masa. Por consiguiente, el deudor que puede “acogerse” al art. 176 *bis* LC continúa debiendo todo el pasivo pendiente, quedando, además, la vía expedita para que sus acreedores reinicien las ejecuciones singulares.

¹ CUENA CASA, “Ley de emprendedores, exoneración de deudas o fresh start”, en *ADConcursal* 31, 2014, págs 123-159, *passim*.